

Capítulo quinto

Estado social y democrático de Derecho, subsidiariedad y progresividad de los derechos sociales: la propuesta de Constitución de Chile

Javier GARCÍA ROCA*

SUMARIO: I. *La exégesis de la cláusula Estado social y democrático de Derecho*. II. *El principio de subsidiariedad en un Estado social: iniciativas públicas y privadas*. III. *Progresividad de los derechos sociales, proporcionalidad, responsabilidad fiscal o estabilidad presupuestaria*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

207

I. La exégesis de la cláusula Estado social y democrático de Derecho

1. *Anclaje constitucional*

La Base 5a. del Acuerdo por Chile establecía:

Chile es un *Estado social y democrático de Derecho*, cuya finalidad es promover *el bien común*; que reconoce derechos y libertades fundamentales; y que promueve el *desarrollo progresivo* de los derechos sociales, con sujeción al principio de *responsabilidad fiscal*; y a través de *instituciones públicas y privadas*.

Por su parte, el artículo 1.2 del *anteproyecto* de Constitución redactado por la *Comisión de Expertos* desarrollaba esta base afirmando: “Chile se organiza en un Estado social y democrático de Derecho, que reconoce derechos y libertades fundamentales y promueve el desarrollo progresivo

* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.

de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas”.

El posterior artículo 2.1 de la *propuesta* aprobada por el Consejo Constitucional aseveraba: “El Estado de Chile es social y democrático de Derecho, que reconoce derechos y libertades fundamentales, *deberes constitucionales* y promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas”.

Finalmente, la propuesta de Constitución política sometida a referéndum ubicó este precepto, con idéntico texto al precedente, en el artículo 1.3, acaso subrayando su importancia como norma de apertura.

Los cuatro textos son prácticamente idénticos y hacen un desarrollo casi literal del Acuerdo con el añadido de la mención a los “deberes constitucionales” en las dos últimas versiones.

2. *Una síntesis de tres elementos en interacción recíproca*

Origen del precepto: influencias. La Base 5a. del Acuerdo por Chile de 2023 parece emanar del artículo 1.1 de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE), que define igualmente al Estado español como “un Estado social y democrático de Derecho”. Se ha señalado a su vez la visible influencia en el precepto español de los artículos 20.1 y 28.1 de la Ley Fundamental de Bonn, el primero afirma que “La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social”, el segundo sostiene que “El orden constitucional de los *Länder* debe responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental”. Igualmente el artículo 2o. de la Constitución portuguesa reconoce un “Estado democrático basado en el Derecho”. Sin embargo, es patente que la cláusula que usa la Constitución chilena procede de la Constitución de España, ya que la síntesis de estos tres calificativos es original de ésta. La categoría tiene, pues, raigambre alemana y sus ingredientes han sido muy estudiados allí, así como por la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

Rigidez constitucional y cláusula constitucional de apertura. El artículo 1.1. CE está ubicado dentro de la parte de la Constitución española, el Título Preliminar, dotada de una mayor rigidez por el artículo 168 CE

mediante un procedimiento de reforma agravado. Pablo Lucas Verdú lo caracterizó como “la norma constitucional de apertura” por su ubicación en el primer artículo, lo que es un indicio de su relevancia. Es importante subrayar que el precepto establece un *contexto* desde el que debe comprenderse el resto de la Constitución que le sigue. En el *Diario de Sesiones del Senado* (nº 39, pp. 1570), se calificó como “la pieza básica de la arquitectura constitucional”.

En este mismo sentido, la propuesta de Constitución política de Chile ubica la fórmula que nos ocupa al iniciar el capítulo I (artículo 1.3) sobre “Fundamentos del orden constitucional”. Mientras el texto aprobado por el Consejo Consultivo lo llevaba algo más atrás al artículo 2.1, y podía pensarse en un intento de quitar relevancia hermeneútica al precepto, pero no se desprende necesariamente esta postergación mediante una interpretación sistemática. Finalmente la propuesta de Constitución política lo ubicaba en el artículo 1.3, lo que cierra el debate, y asimismo establecía de manera muy significativa que la finalidad del Estado es promover “el bien común” creando las condiciones sociales necesarias (artículo 1.5).

Norma de principios y fines: una síntesis de tres componentes inseparables.

La fórmula que analizamos recoge una “norma de principios o de fines” ya que asume uno de los fines fundamentales del Estado. Manuel García Pelayo, primer presidente del Tribunal Constitucional español, explicó —de manera clásica— que esta fórmula expresa “una totalidad compuesta por tres momentos o componentes inseparables en una interacción recíproca” a saber: “el objetivo social, la concepción ascendente o democrática del poder, y la sumisión de ambos términos a la disciplina del Derecho”. Parece plausible pensar que esta explicación posee validez también en Chile. Para su exposición, pueden separarse de forma analítica las tres cosas, pero su verdadero valor hermenéutico emana de esa relación dialéctica entre distintos ingredientes que se limitan y contrapesan recíprocamente: los momentos jurídicos, democrático y social. Esta es la idea central. Heinrich Triepel sostuvo, en 1931, que el Estado de Derecho puede ser atemporal, pues agregando nuevos adjetivos, y los calificativos que emplean la Constitución española y la propuesta chilena, actualizan ese concepto. En suma, la recepción constitucional del Estado social y democrático de Derecho debe comprenderse como un mandato del constituyente de interpretar las demás normas fundamentales desde este contexto.

Es el primer componente de la fórmula y uno de los principios que en el mundo occidental ha logrado mayor fortuna pese a su ambigüedad o elasticidad, que suele reclamar calificativos.

Orígenes de la idea y pertenencia a la cultura global del constitucionalismo. La idea aparece vinculada al pensamiento liberal y de la Ilustración. Más tarde, a la tradición del constitucionalismo anglosajón que crea la idea de *Rule of Law* en las elaboraciones de Albert V. Dicey en “Una introducción al Derecho de la Constitución”, quien construye y acuña ese término y populariza el principio a finales del siglo XIX (1885). Sus ideas tuvieron un gran eco y ha vuelto a ellas recientemente otro clásico británico contemporáneo, el juez Tom Bingham cuyas ideas han tenido influencia en Europa. Conecta asimismo con las elaboraciones del primer positivismo jurídico alemán (*Rechtsstaat*) en Robert Von Mohl, y con la tradición francesa de división de poderes y *prééminance du Droit*. El Estado de Derecho tiene distintas raíces europeas, con diversos matices, pero pertenece ya a la cultura global del constitucionalismo, también del iberoamericano, y es razonable alcanzar interacciones recíprocas entre todas ellas, buscando una unidad de sentido.

La sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y el valor de los principios constitucionales. La idea de Estado de Derecho responde a la lógica ilustrada de que los hombres son gobernados por las leyes y no por otros hombres. De este postulado se deriva la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1 CE), en otras palabras, el Estado de Derecho consagra los *principios de constitucionalidad y legalidad*. Pero garantiza además una *amplia gama de principios constitucionales* como son: jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, o responsabilidad de los poderes públicos. Unos principios recogidos expresamente en el artículo 9.2 CE, que deben conectarse mediante una interpretación sistemática con el Estado de Derecho del artículo 1.1 CE. Estimo que todos estos principios, codificados en la Constitución española pero inmanentes al Estado de Derecho, pueden conectarse con el artículo 1.3 de la propuesta de Constitución.

En efecto, con un sentido análogo, subrayaré las siguientes *normas de principios* de la propuesta final de Constitución político. El sometimiento de la acción de los órganos del Estado a la Constitución, y la vinculación a la misma, u obligatoriedad para cualesquiera órganos, personas o grupos, determinando que sean sancionadas las infracciones (artículo 6o.). La actuación de los órganos del Estado dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley y la nulidad de los actos que lo contravengan (artículo 7o.). Los principios de probidad, transparencia, rendición de cuentas, publicidad y acceso a la información (artículo 8o.).

Existen asimismo un conjunto de *derechos fundamentales*, —normas más precisas que los principios constitucionales—, ligados a la idea de Estado de Derecho y recogidos en el extensísimo artículo 16 del Proyecto de Constitución chilena: la libertad y seguridad personales (apartado 4); la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (apartado 5); el acceso a la justicia y el derecho a la defensa (apartado 6); el derecho a un proceso debido; que comprende el derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, predeterminado por la ley (apartado 7); las garantías constitucionales en los procesos penales (apartado 8); o lo que en Europa se llama el “derecho a una buena administración” y recoge la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea y aquí se califica de “derecho a un trato digno y servicial por parte de los órganos de la Administración del Estado” (apartado 9). Estos derechos fundamentales y otros relacionados, junto a los principios constitucionales antes señalados, construyen la arquitectura jurídica de un Estado de Derecho en cualquier lugar, pues es un concepto global de la cultura del constitucionalismo.

El Estado de Derecho es una caja de herramientas (tool box) repleta de principios. En efecto, los principios jurídicos, y los constitucionales entre ellos, son inmanentes a las normas y categorías constitucionales, se crean por la doctrina y la jurisprudencia (así lo desarrolló Joseph Esser en el Derecho privado), y no necesariamente deben estar expresos en normas escritas. De la idea de Estado de Derecho pueden deducirse una serie de principios que integran una cultura jurídica ilustrada del constitucionalismo liberal democrático. Efectivamente, el Estado de Derecho suele decirse en la Unión Europea y el Consejo de Europa que es “*a tool box*”, una caja de herramientas, repleta de principios jurídicos que poseen gran utilidad en un Estado constitucional para resolver conflictos e interpretar las leyes. Es, por tanto, difícil resumir todos los contenidos y herramientas

que identificamos con esta denominación y ésta versatilidad es parte de la utilidad del concepto. Por eso el Preámbulo de la Constitución española manda a los poderes públicos “consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”. Una norma de fines del Estado.

Principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, es inmanente el principio de proporcionalidad, que no está expresamente consagrado en la Constitución española de 1978, pero impregna transversalmente el Estado de Derecho a la hora de hacer restricciones o interferencias en los derechos fundamentales, y de efectuar un juicio de constitucionalidad o de convencionalidad de las leyes.

Actualmente, la proporcionalidad se recoge en el más moderno artículo 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) del 2000 que, al regular el alcance de los derechos garantizados, establece:

1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el *principio de proporcionalidad*, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

Con una misma finalidad, la propuesta de Constitución política chilena (artículo 23), al igual que el texto de la Comisión de expertos y el del Consejo Constitucional, al regular la garantía de los derechos y libertades establece: que la ley podrá regular o limitar el ejercicio de los derechos fundamentales, que en ningún caso podrán ser afectados en su esencia, se recoge la idea alemana y española de “contenido esencial”; y manda que sus *límites* “sean razonables y puedan ser justificados en una sociedad democrática” (apartado 2o.). Este último inciso, donde se menciona la razonabilidad recuerda la frase “medida necesaria en una sociedad democrática” que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde ahora, TEDH) utiliza como última fase de su juicio escalonado de proporcionalidad que se asemeja —pero no es igual— al juicio de razonabilidad, algo menos exigente y frecuente en Iberoamérica. También la Corte Interamericana de Derechos Fundamentales usa cada vez más frecuentemente

el principio de proporcionalidad. En suma, el artículo 23 de la propuesta de Constitución consagraba los importantes principios de legalidad de los derechos, respeto al contenido esencial de los derechos al limitarlos o delimitarlos, y el uso del juicio de razonabilidad o proporcionalidad. Unos ingredientes a reservar.

No hay Estado de Derecho ni democracia sin división de poderes ni derechos fundamentales ni garantías constitucionales. Un verdadero Estado de Derecho reclama una división de poderes para ser también un Estado constitucional. Es un principio esencial e indefectible que tiende un puente entre esta categoría y la democracia (García Roca 2000): no hay Estado de derecho sin democracia, ni democracia sin Estado de Derecho, y ni una cosa ni la otra sin una división de poderes. Supone también un reconocimiento de derechos fundamentales de los individuos y de los grupos, y la incorporación de unas garantías: institucionales, normativas y jurisdiccionales pues pueden ser utilizadas por el Poder Judicial o por el Tribunal Constitucional y la justicia electoral. La división de poderes viene reconocida de forma clásica como ingrediente central de una Constitución en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que sigue siendo una referencia clásica, y, en nuestros días, en muchas Constituciones de forma expresa.

La propuesta de Constitución política de Chile respondía a esta lógica e introducía *derechos fundamentales y una división de poderes rígida o presidencial*. Reconocía el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y ordenaba que se interpretaran de forma compatible con la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile (artículo 3o., apartados 1 y 2). Pero reenviaba a la ley para determinar la forma y el procedimiento para dar cumplimiento que a las sentencias dictadas por los tribunales internacionales cuya jurisdicción se haya reconocido (artículo 3.3); una previsión mucho más controvertida y que podía haber sido objeto de un desarrollo restrictivo y contrario al sistema interamericano de derechos humanos, pero también estimo que era susceptible de una interpretación compatible con la Convención Americana. Asimismo, disponía que las leyes y sus desarrollos adoptaran las medidas adecuadas para promover derechos sociales como son los derechos a la salud, la vivienda, al agua, al saneamiento, la seguridad social y la educación, atendiendo a un desarrollo progresivo para lograr su efectividad (artículos 24 y 25). Afirmaba también que se adoptaba como forma de

gobierno una “república democrática, con separación de poderes y régimen presidencial”, y que la soberanía reside en el pueblo y se ejerce a través de elecciones y mecanismos de participación de hombres y mujeres (artículo 2o.).

Asimismo, diseñaba una clásica *división horizontal de poderes*: un Congreso Nacional, integrado por la Cámara de Diputados y el Senado (capítulo IV); un presidente de la República y un gobierno (capítulo V); un Poder Judicial independiente con órganos imparciales (capítulo IX); un Tribunal Constitucional (capítulo X); una Justicia Electoral como tribunal especial (capítulo XIII) y una Contraloría General de la República (capítulo XIV), que es un órgano tradicional en Chile.

Por otro lado, se diseñaba un *Estado unitario y descentralizado* (artículo 4o.), reconociendo a los pueblos indígenas y la interculturalidad de la nación chilena (artículo 5o.), una e indivisible; y se creaba una división vertical del poder con gobiernos y administraciones regionales y locales (capítulo VIII) que una ley institucional debía ordenar en sus competencias y otros extremos.

Principio de legalidad, reserva de ley, calidad de ley, seguridad jurídica, y autoridad o racionalidad. Un Estado de Derecho reclama un principio de legalidad en su varios ámbitos y una reserva de ley para ciertas materias. Supone una forma de entender la “calidad de ley”, y la seguridad jurídica o certeza normativa y la preferencia de ley frente a otras fuentes. Las leyes deben ser “previsibles y ciertas” como proclama el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el viejo aforismo romano *lex stricta, praevia, certa*. Las leyes no pueden ser ambiguas. La vaguedad o indeterminación de la ley debe ser proscrita y puede configurar incluso un vicio de inconstitucionalidad, a partir de cierto grado, y en todo caso un grave defecto de técnica legislativa que transgrede varios principios constitucionales.

“Una ley radicalmente oscura es incompatible con la Constitución”, porque supone una violación del principio de legalidad y de la misma separación de poderes, sostiene la Corte Constitucional italiana, Sentencia n. 110 del 5 de junio de 2023. Mucho más restrictivo ha sido el Tribunal Constitucional español, que todavía mantiene que los defectos de técnica legislativa no configuran un vicio de inconstitucionalidad v.gr. respecto de las enmiendas que no son accidentales de la ley (SSTC 119/2011, 136/2011, 34/2023), una mala jurisprudencia ha permitido una situación de constantes abusos en leyes y decretos leyes de objeto múltiple: las

llamadas “leyes ómnibus”. Se consagra un principio formal —el rango y forma de ley parlamentaria— junto a unos contenidos materiales que integran una reserva de ley. Esta idea de legalidad y seguridad jurídica como certeza normativa están presente en todas las *check-lists* sobre el Estado de Derecho elaboradas por la Unión Europea y el Consejo de Europa a las que luego me referiré.

La propuesta de Constitución chilena reflejaba también este entendimiento del *principio de legalidad*. Los órganos del Estado deben actuar válidamente en la forma prevista en las leyes (artículo 7o.). Existe un derecho a la igualdad ante la ley y de prohibición de discriminación o diferencias arbitrarias (artículo 16.3). También una prohibición de detención o de sometimiento a prisión preventiva sin estar facultada la autoridad por la ley (artículo 16.4. letras d y e). Los órganos judiciales deben estar predeterminados en las leyes (artículo 16.7). Un férreo principio de legalidad penal entre las denominadas “grantías mínimas” (artículo 16.8). Un principio de legalidad de los derechos fundamentales que abarca sus regulaciones y restricciones (artículo 23). Un deber constitucional de todas las personas de “observar fiel y lealmente la Constitución y la ley” (artículo 37). Un principio de legalidad tributaria (artículo 16. 31) y otros del Derecho administrativo sancionador (artículo 16. 9.b). Un principio de legalidad electoral (artículos 53 y 54). Una reserva general de ley que incluye un largo elenco de materias (artículo 74), y la previsión complementaria de que el presidente de la República puede solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley sobre materias que correspondan a ese dominio mediante una ley de delegación (artículo 75). Una detallada ordenación del procedimiento legislativo (artículo 79 y ss) que completa con un concepto procedimental o formal esta idea material de ley.

De forma más controvertida, la propuesta prevé la inclusión de *leyes que interpreten preceptos constitucionales* y se aprueben con el mismo quórum de la reforma constitucional (artículo 79). Unas leyes directamente interpretativas de la Constitución que pueden ser problemáticas, que no son tan frecuentes en Derecho Comparado y que prohibió el Tribunal Constitucional español (los precedentes de la STC 76/1983, caso de la LOAPA, y la STC 31/2010, caso del Estatuto de Cataluña), para impedir que el legislador ocupe el lugar del poder de reforma constitucional o el del intérprete supremo de la Constitución que es el propio Tribunal Constitu-

cional. La ley puede interpretar la Constitución mediante regulaciones y ejercicios concretos, pero es muy discutible que pueda hacerlo de manera abstracta y general, y no al hilo de una regulación específica, sin sustituir al poder de reforma constitucional.

Por último, el concepto de ley en un Estado de Derecho implica una conexión de sentido entre la discrecionalidad del legislador, o libertad de configuración normativa, y la racionalidad o *auctoritas* que es propia del Estado de Derecho y el imperio de la ley, y no basta sólo con *imperium* o una mayoría parlamentaria (véase Carl Schmitt y Gustavo Zagrebelsky). Las leyes deben ser razonables y cabe un *control de constitucionalidad y de convencionalidad* de muchos ingredientes de las leyes arbitrarias que aprueben las mayorías.

Queda en todo caso corroborado que el principio de legalidad y la reserva de ley, como ingredientes del Estado de Derecho, informaban el anteproyecto y la propuesta de Constitución chilena.

La justicia ordinaria y la jurisdicción constitucional perfeccionan el Estado de Derecho y su diferencia en competencias es una convención reflejada en las normas. Un Estado de Derecho tiene entre sus virtudes expandir la juridicidad, y por ello permite a jueces y tribunales resolver las pretensiones de los justiciables, e impide la existencia de zonas inmunes del poder. Incluso los actos políticos y discrecionales pueden tener elementos reglados sometidos a controles jurisdiccionales según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo español. La jurisdicción constitucional, en el gran número de países donde existe, controla también las actuaciones de los poderes públicos en su adecuación a la Constitución, y es un ingrediente que “perfecciona el Estado de Derecho” (García Pelayo). La diferenciación entre las competencias de los distintos órdenes de la jurisdicción ordinaria, del Poder Judicial, y de la jurisdicción constitucional, el Tribunal Constitucional, es una convención, según razonó Hans Kelsen en un trabajo clásico. Por ello las diferencias varían de unos países a otros según las normas y los diversos modelos de justicia constitucional. Son la Constitución y las leyes de procedimiento las que tienen que identificar las competencias y atribuciones de los órganos judiciales y del Tribunal Constitucional. El concepto de jurisdicción constitucional no es universal.

Esta pautas se siguen en la propuesta de Constitución chilena que atribuía a la *función jurisdiccional* conocer y resolver los conflictos de relevancia jurídica y hacer ejecutar lo juzgado. Una función, juzgar y hacer

ejecutar lo juzgado, que se otorga exclusivamente a los jueces establecidos por las leyes (artículo 155), sin que puedan ejercer otras potestades, creando un monopolio de jurisdicción; y se sientan unos principios que informan su ordenación (artículo 156).

Como órgano jurisdiccional autónomo, encargado de garantizar la supremacía de la Constitución, se crea asimismo un *Tribunal Constitucional* (capítulo X) y se encomienda a una ley institucional su regulación (artículo 168.2), completando las atribuciones que la da la Constitución; de manera que —entiendo— puede tener competencias que le de la Constitución o la ley institucional. La doctrina científica y la jurisprudencia constitucional en España han estudiado bien la cómo se articula la análoga reserva constitucional a la ley orgánica del Tribunal Constitucional que hace el artículo 165 CE.

Derecho de acceso a la justicia y control judicial. Es común la presencia de este requisito. Resaltaré entre los precedentes europeos, el importante *Caso Golder contra el Reino Unido*, de 21 de febrero de 1975, donde pronto el TEDH afirmó que es inconcebible un detallado sistema de garantías de los justiciables en los procesos, como hace el artículo 6o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sin proteger lo que les hace posibles beneficiarios de estas garantías: el acceso a la justicia y el ejercicio efectivo del derecho de defensa, elementos sin los que no puede concebirse un Estado de Derecho. También en el *Caso Klass vs Alemania*, de 6 de septiembre de 1978, el TEDH subrayó que el *Rule of Law*, proclamado en el preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, exige que las interferencias del ejecutivo en los derechos de los individuos requieren un “efectivo e independiente control judicial”. Asimismo, el *Caso Pleso vs Hungría*, de 12 de enero de 2013, reclamó unos “procedimientos justos y apropiados” y previstos en las leyes para efectuar detenciones legales. La jurisprudencia es interminable y últimamente centrada en la independencia judicial y el nombramiento o la revocación arbitrarios de los jueces (v.gr. *Advance Pharma contra Polonia*, de 3 de febrero de 2022).

La técnica de las listas de verificación en el Derecho de la Unión y del Consejo de Europa: una solución orientativa y no taxativa. Es, sin embargo, cierto que el concepto de Estado de Derecho es una cláusula tan abierta y transversal que reclama de adjetivos y especificaciones, y por eso la Unión Europea y el Consejo de Europa, ante las recientes amenazas creadas por los populismos y las *illdemocracies*, —Polonia, Hungría, Rumanía—, unas

democracias iliberales y falsas, han seguido la técnica de elaboraciones de listas de concretos elementos que se estiman indefectibles en un Estado de Derecho: las denominadas *check-list*, que podemos traducir como “listas de verificación”. La recepción de fondos europeos de resiliencia y recuperación económica —llamados *Next Generation*— por los Estados miembros de la Unión puede condicionarse —así se está haciendo— al respeto de las exigencias del Estado de Derecho y, en particular, a la independencia judicial.

En el mismo sentido, Cass Sunstein (2023) ha argumentado que el concepto de Estado de Derecho se invoca para muchos propósitos diversos y se solapa con otras ideas como son la democracia, elecciones libres, libertad de mercado, derechos de propiedad, etcétera. Por eso propone identificar el *Rule of Law* en una *lista de siete principios*: a) publicidad y acceso general a normas predeterminadas; b) efectos prospectivos antes que retroactivos; c) conformidad entre las leyes y la realidad social; d) derecho a ser oído y garantías en los procesos; e) separación entre el poder de hacer las leyes y el poder de aplicarlas e interpretarlas; f) interdicción de cambios legales bruscos o cautelas de transitoriedad; g) ausencia de contradicción e incoherencias en las leyes. Pero reconoce que muchos entienden el *Rule of Law* de una manera distinta y más amplia. Sin embargo, estimo que es más amplio y omnicompreensivo el concepto de “Estado social y democrático de Derecho”. Los principios que enuncia Sunstein son elementos formales de este concepto, pero no lo agotan y son precisos otros contenidos materiales.

Son muchos los instrumentos internacionales que acuden a la técnica de la *check-list*. Sin ánimo de exhaustividad, mencionaré el *Report on the Rule of Law*, aprobado por la Comisión de Venecia los días 25 y 26 de marzo de 2011, que se inspira en la Resolución 1594 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. El informe intenta buscar un entendimiento equivalente entre las ideas de *Rule of law*, *Rechtsstaat* y *prééminence de Droit* que refejan matrices conceptuales diversas con sentidos diferenciables. Se repasan sus orígenes históricos en las obras de A. V. Dicey (1885) y Robert Von Mohl (1831), así como diversas normas de Derecho Internacional. Se expone luego la definición por lista de Tom Bingham: accesibilidad a las leyes, es decir, claridad y predictibilidad; legalidad e interdicción de la arbitrariedad; igualdad ante la ley; derechos humanos; medios de resolución de conflictos; procesos equitativos; cumplimiento de las leyes nacionales y de las obligaciones internacionales.

Con claro influjo de Bingham, el Informe adopta su propia lista, bien es verdad que es muy parecida: a) legalidad, que incluye transparencia y un proceso democrático razonable; b) seguridad jurídica; c) prohibición de arbitrariedad, d) acceso a la justicia y revisión de la actuación administrativa ante tribunales independientes e imparciales; e) respeto a los derechos humanos; f) prohibición de discriminación e igualdad ante la ley. Hay otro informe de la *Comisión de Venecia* del 11 y 12 de marzo de 2016.

Obsérvese que el concepto de Bingham y el semejante que sigue el Informe expuesto de la Comisión de Venecia son más amplios que el de Sunstein y se aproximan más a la comprensión que aquí se defiende de Estado social y democrático de Derecho, pero que es todavía más amplio y no se contenta con ingredientes sólo formales.

Debe traerse a colación el *Informe del Secretario General del Consejo de Europa*, aprobado en Reyjavick el 16 y 17 de mayo de 2023, por los jefes de Estado y de Gobierno, *State of democracy, human rights and the Rule of Law*, que se lamenta de los retrocesos democráticos en varios países de Europa y el mal uso en ellos de las leyes contra las libertades y el Estado de Derecho. Los puntos clave del informe demandan satisfacer los siguientes requisitos. Tribunales eficientes, imparciales e independientes. Libertad de expresión. Libertades de reunión y asociación. Instituciones políticas democráticas y elecciones libres. Integridad de las instituciones con arreglo a estándares de conducta y rendición de cuentas y responsabilidad política (*accountability*). Dignidad humana y protección de derechos. Normas antidiscriminatorias e inclusivas. Participación democrática y educación para la democracia. Cáigase en la cuenta de que los Estados miembros del Consejo de Europa siguen un concepto de Estado de Derecho más material y omnicompreensivo, que posee mayor utilidad para nuestros fines.

No obstante, el debate en la práctica se ha centrado sobre todo en la importancia dentro de estos criterios de la *independencia judicial* que es quizás donde mayores amenazas existen en nuestros días en Europa e Iberoamérica, ligando el principio de legalidad con la independencia judicial como componente fundamental del Estado de derecho (véase Paul Craig y las síntesis de las jurisprudencias del TJUE y el TEDH que hace Rafael Bustos). El Estado de Derecho debe ser capaz de guiar la vida de las personas para que puedan planificar su proyecto de vida y garantizar la seguridad jurídica, y un Poder Judicial independiente que resuelva los conflictos con justicia es una condición explícita para ello.

Tiene también interés el *Estudio del Servicio de Estudios del Parlamento Europeo “L’État de droit, une perspective comparée”* de marzo de 2023, donde se repasa la evolución histórica del concepto, y se recogen las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos más ligadas y alguna de la jurisprudencia más pertinente. Mayor actualidad tiene la singularización de algunos de sus *desafíos*, en particular, derivados de los regímenes populistas y las democracias liberales y su nuevas amenazas al Estado de Derecho.

Por otra parte, la *Comunicación de la Comisión Europea* de 2104 (COM/2014/0158 final), *Reforzamiento del Estado de Derecho en la Unión*, se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y deja claro que el respeto al Estado de Derecho está intrínsecamente ligado al respeto de los derechos fundamentales y de la democracia. La misma idea está en la *Comunicación de la Comisión de 2019* (COM/2019, 343 final, de 17 de julio). El respeto permanente del Estado de Derecho en los Estados miembros es un requisito efectivo para la aplicación del Derecho de la Unión y el respeto mutuo entre ellos. En esta Comunicación se crea un *ciclo de revisión del Estado de Derecho* sobre problemas sistémicos como son: el incumplimiento de la separación de poderes, la protección de la independencia judicial, o la lucha contra la corrupción.

Otra obligación positiva, que constituye un núcleo del Estado de Derecho, es *garantizar el ejercicio de sus derechos* por los ciudadanos sobre lo que existe abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del TEDH.

4. *Estado democrático*

Éste es el segundo ingrediente de la cláusula “Estado social y democrático de Derecho”. La expresión pone en conexión la fórmula constitucional con una serie de normas que conforman una democracia y construyen un “principio democrático”. No cabe un Estado de Derecho, meramente formal y desprovisto de contenidos sustantivos, sin consolidar una democracia. Tampoco cabe una democracia constitucional sin satisfacer la cultura del Estado de Derecho y el imperio de la ley. Pues no basta con la regla de la mayoría en un Estado de Derecho, deben respetarse los derechos de la minorías, y diversas reglas de procedimiento democrático. Este es el sentido de la síntesis entre democracia y Estado de Derecho.

Son elementos del principio democrático en la Constitución española, que tienen equivalentes en otras constituciones europeas, los siguientes. La soberanía popular (artículo 1.3 CE), el pluralismo político y la constitucionalización de los partidos políticos (artículos 1.1 y 6o. CE). Pues todo Estado democrático es también un *Estado de partidos*. El derecho de sufragio activo y pasivo (artículo 23) de los ciudadanos como corazón del principio republicano. La igualdad real y ante la ley (artículo 9.2 y 14 CE). Las libertades de expresión e información (artículo 20) que garantizan una comunicación libre por distintos soportes y la creación de una opinión pública. El derecho de asociación (artículo 22 CE) en sus diversas variantes, ya que un Estado constitucional es también un *Estado de asociaciones*, que garantiza la existencia de grupos intermedios entre los ciudadanos y el Estado (Alexis de Tocqueville), por eso, se consagran asimismo los sindicatos de trabajadores y las organizaciones empresariales (artículo 7o. CE). Por último, un Estado democrático de Derecho es un *Estado de cultura* donde los poderes públicos deben promover el acceso a la cultura a la que todos tienen derecho (artículo 44 CE).

Con un sentido semejante se encuentran numerosos preceptos que articulan el principio democrático en la propuesta de Constitución política de Chile, que eran en el tema que nos ocupa: homologables con el entorno europeo e iberoamericano a diferencia de otros asuntos. Mencionaré algunos: Residencia de la soberanía en el pueblo, creación de una república democrática y convocatoria de elecciones regulares y periódicas; acceso igualitario de los ciudadanos a los mandatos electorales y cargos electivos y garantía de la participación política de las mujeres (artículo 2o.). Deber del Estado de asegurar la participación de la población en la vida nacional (artículo 9.1). La libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 16.13). Las libertades de expresión e información sin censura previa por cualquier medio, y el derecho a la creación de medios de comunicación social en diversos soportes, vedando un monopolio estatal (artículo 16.14). El derecho a asociarse sin permiso previo y para una pluralidad de fines, así como de crear asociaciones o salirse de ellas (artículo 16.17). El derecho de petición sobre asuntos de interés público o privado (artículo 16.18). El derecho de acceso a las funciones y empleos públicos con los requisitos previstos en las leyes (artículo 16.19). El derecho a una educación de calidad en el contexto de una sociedad democrática y con asignación de recursos públicos (artículo 16.23). La libertad de en-

señanza (artículo 16. 24). El derecho a la cultura (artículo 16.25) que el Estado debe promover y facilitar para la realización de las personas en una comunidad, colaborando el Estado y la sociedad civil. La libertad sindical y a la negociación colectiva y a la huelga (artículo 16. 27). El deber constitucional de honrar la tradición republicana y preservar la democracia (artículo 37), que en otros ordenamientos jurídicos, como el italiano, se llama *principio republicano* (artículo 1o. de la Constitución italiana).

Todo un capítulo III destinado a ordenar la *representación política* y la *participación* en los asuntos públicos, contemplando el derecho de sufragio, los referendos y plebiscitos. Se recoge allí la constitucionalización de los partidos políticos como personas jurídicas de derecho público que expresan el pluralismo político, son instrumento fundamental para la participación política, y canalizan la participación ciudadana, contribuyendo a la integración nacional (artículo 41). Es patente la influencia en este precepto del artículo 6 CE y de las ideas de Giovanni Sartori. La garantía del pluralismo político (artículo 43), y el derecho de los ciudadanos a asociarse libremente en partidos (artículo 43), y de estas asociaciones a presentar candidaturas electorales y a recibir financiación (artículo 44).

Subrayaré la habilitación constitucional a una ley institucional que establezca *mecanismos de participación ciudadana* (artículos 45 y ss), que la propuesta contemplaba con variedad de técnicas: la iniciativa legislativa popular, la inclusión de audiencias y consultas públicas en los procesos de elaboración de las normas generales, o los foros de deliberación ciudadana para la resolución de un debate público con un alcance consultivo. La propuesta de Constitución era rica en este extremo. Si bien en la propuesta de la Comisión Constitucional desapareció el referendo abrogatorio de leyes, y era menos generosa en este extremo que el texto de la Comisión de Expertos.

Democracia representativa y su complemento participativo. La democracia española es, por el contrario, férreamente representativa, viene fundada en elecciones libres y regulares y la libertad de mandato de los representantes normalmente elegidos en listas de partidos. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos protege básicamente la democracia representativa mediante elecciones libres y regulares por motivos de autocontención y prudencia (artículo 3o. al Protocolo 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos). Sin embargo, la decisión política española sólo se debe a razones ligadas a la transición a la democracia, que ya no

son tan ciertas actualmente: el temor a que pequeños partidos radicales manipulasen estos instrumentos, así como la experiencia autoritaria del abuso de los plebiscitos durante la larga dictadura del general Franco. Por eso los españoles tenemos pocas instituciones de democracia participativa de los ciudadanos en la toma de decisiones y se miran con recelo: iniciativa legislativa popular, varios tipos de referendos, jurado popular, y concejo abierto.

Por el contrario, la *Carta Democrática Interamericana*, aprobada por la Asamblea de la OEA el 11 de septiembre de 2001, protege una idea de democracia participativa como un acertado complemento de la democracia representativa. Igualmente, el anteproyecto y la posterior propuesta de Constitución de Chile se insertaban en esta perspectiva participativa y enriquecedora. La práctica totalidad de las herramientas que se recogen y se han mencionado existen en otros países, me parece un riesgo medido que merece la pena afrontar. Una apuesta de la constituyente por experimentar mecanismos de participación directa, complementarios de la indefectible y central democracia representativa, que no deben ser objetada.

5. *Estado social*

Este es el tercer ingrediente de la cláusula “Estado social y democrático de Derecho”. Es el asunto más complicado de definir y admite *diversas exégesis* según las ideologías que inspiren las direcciones políticas gubernamentales que especifiquen o desarrollen las normas constitucionales siendo posible hacerlo de diversas maneras. Parece también ser el más controvertido en su entendimiento en Chile según las diversas fuerzas políticas y se ha discutido su relación con el principio de subsidiariedad que ya estaba reconocido en el ordenamiento. Son varios los ingredientes que definen un Estado como social.

El Estado social como contexto hermenéutico. Como primera afirmación, el Estado social dista de ser “una noción inútil”, según sostuvo provocadoramente el maestro Massimo Severo Giannini en 1977. La cláusula no recoge una afirmación retórica: los enunciados constitucionales no pueden estar desprovistos de sentido normativo y tampoco las normas de principios. Es una interpretación constitucional inadmisibles. Por el contrario, de este concepto se deriva un contexto —ya se ha dicho— des-

de el cual deben comprenderse el resto de las normas constitucionales, y orientar o inspirar las acciones de los poderes públicos y los poderes privados en muchas materias, v. gr. la ordenación de los servicios públicos, la intensidad de las regulaciones de las actividades económicas en una “economía social de mercado”, y las relaciones entre las iniciativas públicas o privadas.

Estado social versus una “sociedad sin Estado”: un Estado regulador y un Estado empresario. En efecto, no es lo mismo un Estado social que a *Stateless society*: una sociedad con un pequeño Estado como en el primer liberalismo. Una forma política típica de los siglos XVIII y XIX y organizada con un muy reducido aparato estatal, lo que no es propio de la organización constitucional moderna compuesta por amplias administraciones públicas. Tampoco se confunde un Estado social con otro fundado en la ideología de la desregulación y en la absoluta confianza en el juego del mercado y la iniciativa privada, —el clásico *laissez faire laissez passer...* de los fisiócratas—, entendido como la más absoluta libertad para ordenar la economía, excluyendo la iniciativa pública. Puede en esas otras sociedades consagrarse un intenso principio de subsidiariedad, que, por un lado, limite al mínimo la regulación estatal de la economía, maximice la iniciativa privada, y obligue a una intensa y excepcional justificación de la misma intervención del Estado mediante empresas públicas; y, por otro, haga casi innecesaria la regulación de las actividades económicas, desregulándolas. Pero no es así en un Estado que se proclama social y, en consecuencia, reclama una “economía social de mercado” y es por ello un “Estado regulador” y un Estado empresario”. Cualquier forma de razonable regulación de la economía, fijando algunos límites sociales, no puede confundirse con un modo de producción socialista y estatalizado, como han defendido algunos *think tank* o laboratorios republicanos de ideas en los Estados Unidos. Una situación que se aleja mucho de la categoría de Estado social que entraña un modelo abierto y respetuoso con el mercado y precisamente por eso lo regula. Un mercado no es el fruto de la naturaleza sino del Derecho.

Economía social de mercado: garantía estatal de los derechos sociales y acciones de instituciones privadas o públicas. Iniciativa privada y pública deben coordinarse adecuadamente en una economía social de mercado según los diversos sectores y la buscando la conciliación entre el interés general y los intereses privados. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) utiliza como un criterio del juicio de proporcionalidad

el justo equilibrio entre los intereses generales y privados: no basta con invocar intereses sociales de cualquier tipo para producir un vaciamiento o ablación de los legítimos derechos e intereses privados. En la misma línea, el artículo 38 CE establece que “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” y la “defensa de la productividad”, pero también se invoca allí mismo “las exigencias de la economía general, y, en su caso, de la planificación” (véase García Vitoria). Hay leyes de defensa de la competencia y abundante jurisprudencia constitucional sobre el contenido de la libertad de empresa, la libertad de organización empresarial, y las limitaciones derivadas del interés público y contenidas en las regulaciones estatales o autonómicas según los diversos sectores económicos. La Constitución española igualmente se refiere a promover las condiciones para un progreso social y económico, a una distribución de la renta regional y personal más equitativa, y a una política orientada al pleno empleo (artículo 40.1). Asimismo, proclama la “subordinación al interés general” de toda la riqueza del país, “sea cual fuere su titularidad”; y reconocen numerosos derechos con contenidos sociales: educación, seguridad social, sanidad, vivienda, etcétera. Es pues una libertad de empresa y una iniciativa privada atemperada por las exigencias de la economía general y por la función social que la propiedad debe cumplir, un carácter social que delimita estructural e internamente este derecho (artículo 33 CE). La función social de la propiedad habilita intervenciones legales para salvaguardar otros derechos, intereses y bienes constitucionales, por ejemplo, la calidad del medio ambiente (artículo 45 CE), o el derecho a disfrutar de una vivienda digna (artículo 47 CE) y la protección de una vivienda familiar (artículo 39.1 CE) que pueden llevar a medidas para la ordenación del suelo y el urbanismo. El Estado social es un límite a ciertos entendimientos radicales o exagerados de la subsidiariedad.

En un sistema análogo de normas constitucionales con sensibilidad social, propias del Estado social que proclama, la propuesta de Constitución chilena mandaba promover el “desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones públicas y privadas” (artículo 1.3). Reclamaba crear “condiciones sociales” que permitan una “mayor realización espiritual y material” y el pleno respeto de los derechos (artículo 1.5); y remover “obstáculos” que impidan o dificulten la igualdad y libertad real de las personas (artículo 1.6, con inspiración en el artículo 3.2 de la Constitución italiana y el artículo

9.2 CE). Establecía el deber del Estado de proteger a las familias y propender a su fortalecimiento (artículo 1.2). Ordenaba promover el desarrollo entre las regiones (artículo 4). Prohibía la existencia de personas o grupos privilegiados (artículo 16.3). Se constitucionalizaba el carácter inclusivo del derecho a una educación de calidad (artículo 16.23), y su carácter gratuito o financiado según los niveles, así como se asegura una enseñanza estatal y otra privada reconocida oficialmente (artículo 16.23). Se garantiza un derecho al trabajo decente y a unas condiciones laborales equitativas (artículo 16.26). Es interesante la constitucionalización del derecho a la Seguridad Social con unas prestaciones básicas y uniformes, ya sea a través de instituciones públicas o privadas (artículo 16.28), asunto que originó una controversia sobre sus diversos entendimientos. Así como la promoción del derecho a la vivienda adecuada para su “satisfacción progresiva” (artículo 16.29) también a través de instituciones públicas o privadas, y la garantía del derecho al agua y al saneamiento (artículo 16.30). El derecho de propiedad venía delimitado por su función social (artículo 16.35), etcétera.

Debe subrayarse que se consagra el derecho a la protección de la salud (artículo 16.22) de una manera significativa. Se establece un deber preferente del Estado de garantizar las acciones de salud y de proteger un acceso libre e igualitario al derecho. Esto son las que se llaman “obligaciones positivas de protección” por parte de los poderes públicos en las palabras del TEDH, Además, se impone al Estado que garantice —sostenga y coordine— el derecho mediante acciones por medio de “instituciones públicas o privadas” y la creación de una red de establecimientos de salud. La propuesta parece opta por un modelo, no sólo para la salud sino también para otros derechos, donde los servicios públicos pueden ser prestados por instituciones privadas, lo que originó una polémica. No obstante, así ocurre también con los colegios privados y concertados en España que reciben financiación estatal, o con las entidades privadas colaboradoras de la seguridad social. Si bien el Estado deba garantizar los derechos sociales. Sobre este problema de la convivencia de las iniciativas públicas y privadas y el principio de subsidiariedad se dedicará un epígrafe específico más adelante.

Estado de bienestar o de procura social. No obstante, conviene no olvidar que un Estado social supone un “Estado de bienestar” preocupado por las necesidades de los ciudadanos y por satisfacerlos mediante servi-

cios públicos, lo que se llama “una procura asistencial”. Pero, ya hemos visto, que el desarrollo progresivo de los derechos sociales que tanto el anteproyecto como la propuesta mandan promover, puede alcanzarse mediante iniciativas públicas y privadas que cooperen con diversas formas jurídicas en la prestación de servicios públicos. De suerte que los poderes públicos deban intervenir donde no baste con la autonomía individual, y las dimensiones de la tarea excedan de la subsidiariedad, para proteger positivamente los derechos fundamentales y, en particular, los derechos sociales, económicos y culturales y, sobre todo, garantizar los servicios públicos esenciales: sanidad, educación, asistencia social y seguridad social. El *status positivus socialis* de la ciudadanía contemporánea viene ligado no sólo a la participación política en una comunidad sino también a la consecución de unos objetivos sociales que la Constitución proclama como fines de la acción estatal y debe promover.

Muchos de estos objetivos se recogen como principios rectores en el capítulo III, del Título I, de la Constitución española —y en muchas otras Constituciones— o directamente como *derechos sociales* y conviene enumerarlos para obtener una panorámica: el acceso de todos a la educación, la asignación equitativa de los recursos públicos, la función social del derecho de propiedad, la remuneración suficiente del trabajo, la defensa de una economía social de mercado, la protección de las familias y los niños, una distribución de la renta personal y regional más equitativa, prestaciones sociales suficientes y un sistema público de seguridad social ante situaciones de necesidad como el desempleo, el derecho a la salud, el acceso a la cultura y la protección de sus manifestaciones, el deber de conservar el medio ambiente y el patrimonio artístico y cultural, el derecho a disfrutar de una vivienda digna, etcétera. No puede ser igual un Estado social que alberga unas obligaciones positivas de protección y aseguramiento de todos estos principios que otro que puede desentenderse de ellos y confiar en la estricta autodeterminación individual de las personas. En este sentido, debe interpretarse la Base 5a. del Acuerdo.

Servicios públicos, igualdad real y efectiva, regulación y economía social de mercado. Por eso un Estado social es también un “*Estado de prestaciones*”, ocupado en proveer una serie de servicios públicos. Es también un Estado que busca la *igualdad real* y efectiva en el ejercicio de todos los derechos y prohíbe las discriminaciones. Un Estado donde la riqueza del país está subordinada al interés general, lo que justifica límites sociales a la

propiedad privada y la libertad de empresa y de iniciativa privada y permite imponer tributos como deberes constitucionales, siempre que estos límites y obligaciones sean razonables y proporcionados. Asimismo, un Estado social es un Estado regulador y puede disciplinar las actividades económicas para impedir los excesos, irregularidades o fallos del mercado o tutelar otros bienes constitucionales: una economía social de mercado.

6. *Validez dialéctica de la síntesis*

García Pelayo nos enseñó que cada uno de estos elementos que se han descrito dejado a su propio desarrollo podría concluir en un claro antagonismo con alguno de los otros, excluyendo su eficacia. La cláusula constitucional “Estado social y democrático de Derecho” impide estos excesos, facilitando al intérprete un contexto constitucionalmente adecuado desde el que interpretar los conflictos desde un adecuado equilibrio.

Un concepto material de Estado de Derecho. Así una concepción formalista del Estado de Derecho, aislada del resto de los ingredientes de la fórmula de la Base 5a., podría llevar a una situación donde no se protegieran las necesidades de la población con menos recursos y se orillaran las políticas sociales. Fue así en tiempos del Estado liberal y la industrialización en el siglo XIX cuando no existía una legislación social y los individuos y los grupos vulnerables estaban desprotegidos en las relaciones laborales; un Estado de Derecho sin contenidos sociales. Debe desecharse además una situación que se contente con una visión “administrativizada” del Estado de Derecho que no garantice la participación política y los derechos de los ciudadanos como es propia de un Estado democrático. Tener una jurisdicción contencioso-administrativa, que revise las actuaciones de las Administraciones públicas no es razón suficiente para proclamar la existencia de un Estado de Derecho, como algunos autores pretendieron durante la dictadura del general Franco. Un Estado de Derecho es un Estado democrático y recoge los principios de representación y participación política.

Una democracia engastada o ubicada en el Estado de Derecho. Insistiré en que tampoco cabe democracia constitucional sin Estado de Derecho: *Democracy embeded in the Rule of Law* le gusta decir al TEDH, expresando con rotundidad que no cabe una cosa sin la otra. La invocación de la

democracia o de los derechos democráticos no puede hacerse desentendiéndose de las leyes y desde la desobediencia de las normas. El incumplimiento de las leyes no es democracia sino que, por el contrario, se identifica desde antiguo con la tiranía. En una democracia constitucional, las leyes pueden cambiarse y las Constituciones reformarse, pero no pueden incumplirse desde el libre albedrío de cada uno, porque esto implica la violación de los derechos de otros y de la paz social, y la transgresión del principio de la mayoría. No cabe democracia constitucional sin respeto al Estado de Derecho.

Principio de mayoría y participación de las minorías: la democracia como reglas de procedimiento. Por último, debe desecharse un entendimiento simplista y estadístico de la democracia —muy extendido— que la identifique únicamente con el principio de mayoría, lo que podría producir serios abusos.. La democracia constitucional demanda el respeto de un conjunto de reglas de procedimiento, muchas de ellas caracterizadas como derechos fundamentales: un procedimiento razonable e inclusivo de decisión. El mero juego de la regla de la mayoría, sin ataduras, puede llevar a la tiranía. Las decisiones de la mayoría no pueden olvidar la participación en los procedimientos democráticos y los derechos políticos de las minorías. Un abuso de la idea de mayoría impediría el autogobierno de los entes territoriales y el mismo Estado descentralizado que la propuesta de Constitución introducía; y produciría la constante violación de derechos fundamentales ya que juegan frecuentemente como garantías contramayoritarias. No cabe un antagonismo entre liberalismo y democracia. La democracia constitucional, la tradición occidental del constitucionalismo, es la de democracias liberales y sociedades abiertas. Por eso las *illdemocracies*, fundadas sólo en la regla de la mayoría, que no respetan las libertades e impiden la independencia judiciales y los controles de la mayoría por la oposición política, y obstaculizan la alternancia democrática y el rol de la oposición, son sistemas de gobiernos gravemente enfermos. Sin libertades públicas y oposición política no existe una democracia asentada en un Estado de Derecho.

Una jurisdicción constitucional como garantía contramayoritario. Precisamente, el decisivo papel de una jurisdicción constitucional es dictar pronunciamientos potencialmente contramayoritarios en defensa de la Constitución, y revisar las leyes aprobadas por la mayoría en el Parlamen-

to, para que preserven las normas constitucionales y las garantías de un Estado de Derecho.

Los contenidos sociales de un verdadero Estado de Derecho. Tampoco cabe un verdadero Estado de Derecho sin integrar los derechos sociales como califica la Base 5a. del Acuerdo por Chile. No basta con una democracia formal que excluya, en la realidad, a la mayor parte de los ciudadanos del goce efectivo de sus derechos sociales, e incluso políticos, al desentenderse de las condiciones reales para su ejercicio v.gr. de los más pobres, de los colectivos con rezagos sociales, o de los grupos aislados y vulnerables que no pueden defenderse por sí mismos ni hacer valer sus derechos. Por otra parte, es cierto que un Estado social puede ser un Estado autoritario y paternalista si no existen contrapesos. De hecho, la dictadura franquista organizó una educación pública y un sistema de salud y seguridad social que la democracia ha heredado y transformado seriamente, generalizándolo o universalizándolo.

Alguna jurisprudencia constitucional española sobre el Estado social y democrático de Derecho. Obligaciones positivas de garantía. Mencionaré algunos pronunciamientos judiciales y al hilo de los mismos se harán algunos razonamientos complementarios. La temprana STC 86/1982 sostuvo que esta fórmula “Estado social y democrático de Derecho” supone que los derechos fundamentales no tienen un mero alcance negativo, como en el período del Estado liberal, y se contentan con la mera abstención de los poderes públicos, ya que han de ser garantizados por *prestaciones sociales* a cargo del Estado. Existen, pues, unas obligaciones positivas de garantía por parte de los poderes públicos de todos los derechos fundamentales según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que es coincidente con la del TEDH, mucho más activo en la construcción de esta tipo de obligaciones de protección con diversas variantes.

Reconocimiento de los conflictos socioeconómicos y de medidas de conflicto. También se ha dicho que un Estado social no excluye los conflictos socioeconómicos, pero debe procurar los instrumentos o cauces institucionales para resolverlos (STC 11/1981) tanto judiciales como extrajudiciales. Las relaciones laborales en un Estado social y democrático de Derecho no excluyen medidas de conflicto como son la huelga, la actividad sindical y la negociación colectiva. Podemos concluir que el conflicto laboral es inherente a las sociedades industriales y debe desdramatizarse.

Los derechos sociales rigen en las relaciones privadas y los contratos de trabajo. Es muy importante subrayar que en un Estado social y democrático de Derecho, la celebración de un contrato de trabajo no implica para el trabajador la privación de sus derechos fundamentales, pues las empresas no forman mundos separados del resto de la sociedad, y la libertad de empresa no legitima manifestaciones de feudalismo industrial (STC 88/1985). Es abundante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y del TEDH que protege la vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en las relaciones laborales. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha desarrollado la idea alemana de la *Dritwirkung* o eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares en las relaciones entre trabajadores y empresas.

Pensiones adecuadas y suficientes en situaciones de necesidad. Debe relacionarse la cláusula social con el artículo 50 CE, que prescribe pensiones adecuadas y suficientes para la tercera edad (STC 19/1982). Un Estado social debe prever pensiones suficientes en situaciones de necesidad y contingencia que las leyes prescriban. He desarrollado estas ideas en un estudio sobre los principios constitucionales del derecho a la seguridad social al que reenvío.

No todos los derechos son de prestación ni deben prestarse por poderes públicos. Sin embargo, el Estado social y democrático de Derecho no obliga necesariamente a que todos los derechos fundamentales sean de prestación (STC 86/1982, sobre la supresión de los viejos medios de comunicación social de titularidad del Estado durante el franquismo). Muchos derechos pueden ser de libertad y contentarse con la abstención del Estado o aún teniendo vertientes prestacionales satisfacerse por empresas o poderes privados v.gr. el derecho a la educación se presta en España en una buena parte no sólo por escuelas públicas sino por escuelas privadas que suscriben conciertos con el Estado y reciben financiación pública.

Debe buscarse la efectividad de los derechos sociales. Por el contrario, supone una interacción entre Estado y sociedad que obliga a buscar la efectividad de los derechos de contenido social (STC 18/1984). Protegemos “derechos reales y efectivos y no garantías teóricas e ilusorias” gusta decir al TEDH.

Reserva de ley. Finalmente, el Estado de Derecho entraña una garantía esencial que es la reserva de ley formal para garantizar la libertad de los individuos al asegurarse que las regulaciones de los derechos y sus limita-

ciones o restricciones se toman de forma democrática por la voluntad de sus representantes (STC 83/1984).

Intensa configuración legal: derechos sociales versus principios rectores. Pero la configuración legal de los derechos sociales puede ser especialmente intensa a diferencia de los derechos civiles y políticos. En este sentido, la Constitución española distingue entre derechos sociales en sentido estricto y los llamados “principios rectores de la política social y económica” (capítulo III, del título I) que según el artículo 53.3, CE no pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria salvo de acuerdo con las leyes que los desarrollen, a diferencia de los derechos fundamentales, pero informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Un régimen debilitado de garantía que no está en el anteproyecto.

A modo de conclusión: una síntesis totalizadora de tres ingredientes que se contraponen e interrelacionan. El concepto de Estado social y democrático de Derecho es original y muy útil para el intérprete, no consiste en una mera agregación de términos sino que demanda una síntesis totalizadora de los tres ingredientes que hemos descrito —un Estado de Derecho, un Estado democrático y un Estado social— que interactúan y se contrapesan. Es un contexto desde el que primero comprender y luego de interpretar las normas constitucionales. Un concepto material y avanzado de Estado de Derecho.

II. El principio de subsidiariedad en un Estado social: iniciativas públicas y privadas

El principio de subsidiariedad en el federalismo y la protección supranacional. ¿Es compatible la subsidiariedad con un Estado social cuestión que se discutí en el Consejo Constitucional? Puede ser compatibles ambas cosas si se establecen restricciones al principio de subsidiariedad y se ubica en el contexto de un Estado social, haciendo un esfuerzo de acomodación. Reconstruyamos la historia del dogma para dar una respuesta argumentada. La subsidiariedad es un principio que atiende al reparto de las funciones administrativas en distintos escenarios, sigue una lógica que va de abajo hacia arriba, concediendo al interés y competencia de cada peldaño inferior las funciones para acometer una tarea que sólo debe pasar el escalón siguiente si la tarea desborda esa interés, o por las mismas grandes

dimensiones de la acción, desborda las posibilidades del ente inferior y se produce una función de suplencia (véase el artículo 137, CE o el artículo 118, Constitución italiana). La subsidiariedad arranca, pues, de un diferente nivel de intereses y competencias entre distintos entes territoriales y una responsabilidad compartida en su ejercicio. Se usa en el federalismo y la descentralización entre municipios, regiones y Estado. Así el Estado no debe hacer lo que pueden hacer las regiones y éstas a su vez no deben vaciar las competencias municipales. Para este entendimiento —insistiré— es preciso leer los recíprocos intereses de abajo a arriba, de manera que el interés nacional no vacíe el interés regional y el regional no desapodere el local (Augusto Barbera 1972). Pero también se emplea este principio en la integración supranacional entre los Estados miembros y la Unión Europea donde existe un protocolo sobre la subsidiariedad en los tratados. Igualmente se utiliza en la protección internacional de los derechos de cara al reparto de responsabilidades compartidas entre los Estados miembros y el TEDH (García Roca 2022) y se habla últimamente de la “era de la subsidiariedad”, para fortalecer la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional. En definitiva, la subsidiariedad es una forma de reparto del trabajo, de división de poderes, mediante la colaboración entre sujetos autónomos y una manera de proteger el pluralismo. La literatura en estos campos es amplísima.

La compatibilidad entre las iniciativas privada y pública. Pero el escenario en el debate constitucional chileno es distinto, se mueve en una división de poderes entre el Estado y la sociedad civil, aunque existan algunas similitudes y una semejante filosofía. Se trata ahora de dividir el trabajo en la actividad económica entre la iniciativa privada y la pública y que no hagan los poderes públicos las actividades que razonablemente pueden hacer los poderes privados; y, a la par, que el Estado se asegure de cubrir las tareas públicas o privadas que no pueden ser asumidos por los particulares por muy diversas razones. El Estado tiene además el deber de garantizar el sistema y proteger los derechos. Algo sobre lo que ya hemos hechos varias referencias anteriormente.

El régimen de autorización legal de la iniciativa empresarial pública y de preferencia de la iniciativa privada. Quizás el precepto central de la propuesta en materia de subsidiariedad era al artículo 16.32 que protegía fuertemente la iniciativa de los particulares, definiéndola como “el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la

salud pública, al orden público, o a la seguridad de la Nación, respetando las normas legales que la regulen”. La misma previsión —interesante desde la perspectiva comparada y no muy frecuente— fija la necesidad de que “una ley de quórum cualificado” en su caso autorice al Estado y a sus organismos para desarrollar actividades empresariales o participar en ellas”, sometiendo estas actividades a la “legislación común aplicable a los particulares”, “sin perjuicio de las excepciones que, por motivos justificados, establezca dicha ley” (letra a).

Autorización previa con carácter general y subsidiariedad. Entiendo que conforme a esta norma de la propuesta de Constitución, la iniciativa empresarial pública, a diferencia de la privada, era de estricta configuración legal y venía sometida a una autorización previa, que —estimo— debía ser de carácter abstracto o general y no caso a caso en cada concreto ejercicio competencial. La ley debía autorizar la iniciativa pública, el acceso a ciertas actividades, y regular el poder de auto organización y dirección empresarial, y establecer sus fines y límites. La ley, en definitiva, delimitaba el espacio de la iniciativa pública por mandato constitucional y con carácter previo. Mientras la iniciativa privada era preferente, pues es de ejercicio libre y directo desde la Constitución como cualquier derecho fundamental (salvo en los sectores económicos autorizados o intervenidos), en cambio, la iniciativa pública reclamaba una habilitación y autorización legal, una interposición del legislador. Se consagra aquí este principio de subsidiariedad sobre el que tendré oportunidad de volver. No obstante, la forma en que se combinen las iniciativas empresariales públicas y privadas admite distintas lecturas y proporciones por el legislador democrático, según las diferentes direcciones políticas de gobierno, más liberal o más social-demócrata, y todas ellas serían constitucionales siempre que resulten razonables y proporcionadas.

La influencia de la Constitución peruana de 1993 en la autorización legal: una mirada desde Chile. El texto del anteproyecto y de la propuesta constitucional parecen inspirados por la Constitución peruana de 1993, en su título III, denominado “del régimen económico”. Una Constitución cuya modificación se está discutiendo ahora en El Perú. Entre los preceptos peruanos que pueden tener interés comparado en Chile para interpretar este principio de subsidiariedad destacaré los siguientes. Primero, la iniciativa privada es libre, pero se ejerce en una “economía social de mercado” donde el Estado “orienta el desarrollo del país” y actúa

preferentemente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura” (artículo 58); de manera que se delimitan unos sectores económicos de preferente atención por la iniciativa pública, lo que abonaría la idea de unas leyes generales que regulen y autoricen de manera general esas intervenciones; por otro lado, la llamada a la “economía social de mercado” debe entenderse como una situación donde el Estado dirige la política económica y garantiza los derechos sociales, la cláusula Estado social y democrático de Derecho facilita esta comprensión. Segundo, “el Estado reconoce el pluralismo económico” y la economía se sustenta en diversas formas de propiedad y empresa (artículo 60), aseverando “sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razones de interés público o de manifiesta conveniencia nacional”, debiendo recibir la actividad empresarial, pública o privada, el mismo tratamiento; es patente el manejo de la misma técnica de la autorización previa por ley. Tercero, el Estado garantiza la libre competencia y combate las posiciones dominantes o monopolísticas que ninguna ley puede autorizar (artículo 61), un precepto con la misma razón de decidir que el artículo 16.23. c de la propuesta constitucional chilena.

El dictamen de la Comisión de Venecia que afirma la compatibilidad entre Estado social y subsidiariedad. El presidente del Senado de Chile solicitó una Opinión a la Comisión de Venecia (Comisión Europea para la democracia por el Derecho) del Consejo de Europa sobre diversos extremos de la reforma constitucional de 2023. En su *Opinión adoptada el 6 y 7 de octubre de 2023*, y en lo que aquí atañe, la Comisión sostuvo también la compatibilidad del Estado social y democrático de Derecho con el principio de subsidiariedad y, en particular, la referencia de la Comisión de Expertos a la obligación del Estado de remover los obstáculos que impida, o dificulten la realización de la libertad y los derechos, que fue eliminada por el Consejo Constitucional. Se dijo que no existe en principio incompatibilidad alguna entre la incorporación que se hace del principio de subsidiariedad y el objetivo de establecer un Estado social y democrático de Derecho, pues éste último es una aspiración a unos resultados, y el primero “una expresión de los medios que deben emplearse”. La Comisión de Venecia recoge la idea de Estado social y democrático de Derecho que hemos expuesto —de génesis española— que limita recíprocamente una interpretación maximalista de cada término, y razona que esta cláusula no

implica necesariamente que las acciones encaminadas a alcanzar objetivos sociales sean adoptadas directamente por las instituciones del Estado en detrimento de otras formas intermedias de organización social. Asimismo, se recuerda que existen países que han constitucionalizado cláusulas parecidas y, asimismo, han constitucionalizado de forma explícita el principio de subsidiariedad como una dimensión de la política social (Italia), o bien han introducido implícitamente la subsidiariedad en su estructura constitucional y su política social (Alemania).

No obstante, considero que siendo ciertas estas afirmaciones de la prestigiada Comisión de Venecia, reclaman algunas matizaciones. Cabe ciertamente una exégesis del principio de subsidiariedad que lo hace compatible con el Estado social y democrático de Derecho como norma de fines, y salva la compatibilidad entre una opción constitucional en el terreno de los fines y otra en la de los instrumentos o medios. Pero cabe también una interpretación que no la haría compatible, si la preferencia de la iniciativa privada se entiende como una constante preterición de la iniciativa pública hasta hacerla muy residual, así como de las facultades de regulación propias de un Estado social que impidan garantizar la igualdad y el desarrollo progresivo de los derechos sociales. Los poderes públicos deben decantarse por la primera exégesis, excluyendo la segunda a la hora de establecer sus direcciones políticas de gobierno desde el respeto a la Constitución.

III. Progresividad de los derechos sociales, proporcionalidad, responsabilidad fiscal o estabilidad presupuestaria

La específica naturaleza de los derechos sociales: son derechos fundamentales. Además de consagrar el Estado social y democrático de Derecho, el artículo 1.3 de la propuesta de Constitución manda promover “el *desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal*”. Para interpretar este mandato, hay que recordar la naturaleza específica de los derechos sociales. Primero, son verdaderos derechos fundamentales, según la doctrina más moderna que defiende la universalidad de todos los derechos, incluidos los sociales, y la necesidad de una normalización en su tratamiento jurídico (Abramovich y Courtis, Cossío, entre otros), aunque algunos se reconozcan en algunos países con la estructura normativa de

principios, pero no parece sea el caso de Chile, y esto supone un grave déficit. Los derechos sociales son derechos fundamentales por varias razones. Concretan o especifican valores constitucionales y están íntimamente unidos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad en su dimensión social. Tienen un contenido mínimo o un contenido esencial indisponible por el legislador, que debe respetar el principio de proporcionalidad a la hora de restringirlos o delimitarlos y efectuar las modificaciones respetando cautelas de transitoriedad. Están protegidos por pactos y tratados internacionales en el espacio de Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la OEA, y por normas supranacionales de la Unión Europea. Existen obligaciones positivas de protección por parte de los poderes públicos nacionales e internacionales. Poseen una acusada y densa regulación en normas legales y reglamentarias, infraconstitucionales, y pueden reclamarse ante los tribunales ordinarios, en especial, en el orden jurisdiccional social o laboral. Desarrollan la idea de igualdad real que la Constitución italiana, la española y el anteproyecto chileno reconocen. La moderna Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000 incorpora muchos de ellos entre diversos tipos de igualdades y un capítulo bajo el epígrafe “solidaridad” dándoles la naturaleza de verdaderos derechos.

Progresividad y planes de actuación. La progresividad de los derechos sociales se funda en la cohesión social y solidaridad que crea en una comunidad, al cabo en su capacidad de realizar una integración ciudadana y mantener unidad una comunidad política. Pero la realización efectiva de los derechos sociales, muchos de los cuales son servicios públicos esenciales (salud, educación, asistencia social, seguridad social, etcétera) reclama políticas públicas y programas de desarrollo progresivo por las administraciones públicas y el legislador, para que puedan ser reales y efectivos y no meros derechos ilusorios. La generalización de destinatarios y prestaciones de una sanidad pública no se consigue en un lustro ni se mantiene sin esfuerzo. Esta es una segunda característica muy acusada de los derechos sociales: su condición de derechos de prestación que obliga a una gradual implementación y a la constante mejora de su eficacia, según programas de actuación, que aseguren la calidad de las prestaciones que el Estado garantice. Ya se presten estos servicios por poderes públicos o poderes privados como, en parte, ocurre con la sanidad o la educación en todos sus niveles y tipos en España, y pedían el anteproyecto y la propuesta de Constitución de Chile.

¿Qué es lo financieramente posible? Sostenibilidad financiera y consolidación presupuestaria. Todos los derechos fundamentales tienen un serio coste para las arcas públicas. Pero, no nos engañemos, incluso un clásico derecho de libertad como es el derecho de propiedad necesita políticas de seguridad y protección que entrañan unos costes elevados, según han razonado Holmes y Sunstein en “El costo de los derechos”. Pero es verdad que los derechos de prestación y los sociales en particular tienen un fuerte impacto presupuestario que incide en su naturaleza. Éste es su tercer rasgo esencial: los derechos sociales de prestación llegan hasta el límite de lo financieramente posible. La gran recesión económica nos hizo caer en la cuenta de que no pueden realmente “blindarse” los derechos sociales cuando los ingresos de la Hacienda pública se desploman. Las Constituciones no hacen milagros. El dinero público es escaso y tan valioso como el privado y depende de los impuestos y otros ingresos públicos limitados. El recurso a la deuda pública para financiarlos no siempre es posible. El endeudamiento posee razonables limitaciones al alcanzar un porcentaje elevado del PIB. Incluso algunos autores, como James Buchanan, piensan que la deuda pública es moralmente reprobable por insolidaria, ya que hipoteca a las generaciones futuras; y critica la estrategia *spend now/pay later* que visualiza con la imagen de aquellas personas que usan sin límites e irresponsablemente su tarjeta de crédito. Una tesis que, sin dejar de ser parcialmente cierta, ha sido bien refutada por Stiglitz y otros economistas que ponen de manifiesto la razonabilidad de una política de endeudamiento cuando se destina a gastos estructurales y para salir de situaciones de una fuerte recesión económica. El debate sobre el freno constitucional al endeudamiento ha estado presente en Chile y en Europa.

Intensa configuración legal y reenvío a las leyes. Estas tres características hacen que los derechos sociales tengan una intensa configuración legal que permita el acomodo entre las necesidades sociales y los gastos presupuestarios. La llamada del anteproyecto y la propuesta constitucionales al desarrollo progresivo y la sujeción a la responsabilidad fiscal es realmente una habilitación o reenvío implícito a las leyes para mantener este delicado equilibrio financiero entre dos polos y principios en tensión. El artículo 1.3 contenía un mandato al legislador para hacer efectivo esos equilibrios.

Relevancia de la memoria de impacto presupuestario. En este sentido, los proyectos de leyes sobre derechos sociales deberían contener siempre

una seria memoria de impacto económico que calcule el coste de las prestaciones que se regulan en momentos altos y bajos del ciclo financiero. No basta con que prevean un desarrollo progresivo de los derechos, lo que puede no ser más que un buen deseo, deben calcularse los fondos necesarios para afrontarlo (García Roca 2012-2013). Pero no siempre se hace así, sino todo lo contrario, y v.gr. la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, llamada de Dependencia, en España no incluyó esa buena memoria económica y, cuando llegó la crisis financiera, el Estado dejó de pagar buena parte de las prestaciones básicas y comunes, por su parte, las Comunidades Autónomas pagaron cantidades muy diversas; como resultado final, ha llegado a haber diferencias de uno a cinco entre las prestaciones que reciben los ciudadanos en situación de dependencia y vulnerabilidad según las Comunidades donde residan, y se ha producido un mal funcionamiento del sistema. En suma, las leyes que introducen derechos sociales deben realizar una previsión de los costes financieros o memoria de impacto económico con realismo.

Los derechos sociales deben ser austeros. Asimismo, la idea de responsabilidad fiscal o sostenibilidad financiera obliga a que los derechos sociales sean “austeros”, lo que no es lo mismo que “baratos”, porque eso puede ser imposible con la mayoría de los servicios públicos. Los derechos prestacionales deben estar organizados con austeridad, eficacia, y ordenar inspecciones regulares de las infracciones e irregularidades que les permita sobrevivir presupuestariamente sin dispendios. Asumir este reto es el mandato de las normas constitucionales de principios que el legislador debe hacer viable.

¿La irreversibilidad de las conquistas sociales o derechos adquiridos? La progresividad de los derechos sociales no puede entenderse como una absoluta restricción a las modificaciones, una congelación de los niveles alcanzados: la llamada irreversibilidad de las conquistas sociales como eslogan político. Esta posición no es realista en Derecho y no se adecúa la configuración constitucional. No puede recuperarse la vieja teoría de los derechos adquiridos hasta el punto de que produzca una petrificación del ordenamiento jurídico e impida su natural evolución. El principio de progresividad no puede significar la consagración de leyes inmutables. Ya hemos advertido recientemente que ha sido imposible durante la experiencia de la grave crisis provocada por la gran recesión económica. Un período donde se restringieron muchos derechos sociales, y los tribunales

constitucionales avalaron la constitucionalidad de esas limitaciones invocando, entre otras razones, el principio de estabilidad presupuestaria, o el freno constitucional al endeudamiento, o la sostenibilidad financiera en momentos de crisis (ver la síntesis que hace Giuseppe Ferrari).

Ciertamente, el artículo 23 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* se refiere a la necesidad de “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos”. También lo hace el artículo 21 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* que declara el compromiso de los Estados de adoptar medidas que logren progresivamente la plena efectividad de los derechos allí reconocidos, y añade que por “todos los medios apropiados” y “hasta el máximo de los recursos” de que dispongan. Pero ambos preceptos internacionales no pueden entenderse de una manera rígida. No consagran una interdicción de un retroceso momentáneo (*stand still*), una congelación permanente del nivel de cada una de las concretas prestaciones en el tiempo. Son, por el contrario, unas normas de fines que orientan la actuación en general de los Estados miembros a corto, medio y largo plazo. Diseñan un programa de actuaciones. Pero no suponen una congelación o petrificación de todas las normas y de las concretas cuantías de las prestaciones y beneficios. Sería una interpretación imposible de garantizar en la realidad de las cosas.

La progresividad debe entenderse en el límite de la sostenibilidad financiera. Este es el mandato que el legislador o la potestad reglamentaria deben satisfacer, y la interpretación adecuada de la Constitución que debe inspirar el control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional y de los reglamentos por la jurisdicción ordinaria. Los estándares y niveles de los derechos sociales de prestación llegan hasta donde pueden pagarse. El control jurisdiccional debe ponderar el límite de lo financieramente posible junto a la entidad de la lesión del derecho. Pero eso sí, los tribunales deben impedir cambios bruscos de la legislación que no respeten el principio de proporcionalidad en sus diversas fases ni prevean cautelas de transitoriedad. Las restricciones legales no pueden ser excesivas o desproporcionadas. Tampoco pueden infligir un sacrificio excesivo a los beneficiarios de las prestaciones, o resultar carentes de justificación financiera suficiente, o resultar precipitadas y arbitrarias. De igual modo, no pueden venir desprovistas de unas normas transitorias que apliquen gradualmente las restricciones a los derechos y no dar un hachazo o brusco recorte en un solo ejercicio presupuestario y de manera sorpresiva para los

afectados violando la seguridad jurídica o certeza normativa y generando indefensiones. Igualmente cabe pedir una motivación en el preámbulo de la norma o cuando menos en el *Diario de Sesiones* del legislador que restringe estos derechos: una justificación expresa y suficiente. Todos estos defectos de técnica legislativa pueden violar el principio de proporcionalidad y la progresividad de los derechos sociales y configurar vicios de inconstitucionalidad. El legislador debe ser prudente, gradual y cauteloso al restringir los derechos, conforme a razones financieras, en virtud del mandato constitucional que nos ocupa.

No existe un principio absoluto de no regresividad como consecuencia de un Estado social. De no interpretarse de este modo, constitucionalmente adecuado, el principio de progresividad difícilmente podrá operar como un criterio de justiciabilidad y sólo se generará frustración entre los ciudadanos. Algún estudio detallado de jurisprudencia ha evidenciado (Duarte Martínez) que la Corte Constitucional de Colombia ha dictado bastantes decisiones y le reprocha que admiten la regresión de los derechos sociales y no aplican el principio de progresividad, “dejando sin garantías judiciales la cláusula del Estado social de Derecho de 1991 frente a la sostenibilidad fiscal”, lo que se califica de “elusión constitucional” y de “desfiguración de la garantía”. Pero una tesis de este tipo, un entendimiento maximalista, sólo puede producir frustraciones y debe desecharse.

Sí existe una obligación reforzada de justificación de la regresividad. No obstante, el *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n° 14 (E/C.12/200/4)* sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible salud, ha mantenido que las medidas regresivas deben ser justificadas con referencias exhaustivas a todas las alternativas posibles, las llamadas medidas equivalentes, y relacionarse con los recursos máximos disponibles. Pero son normas de fines encaminadas al legislador y muy difíciles de revisar por controles jurisdiccionales.

Intangibilidad del contenido esencial de los derechos sociales o de un mínimo vital y prohibición de discriminación: límites a los límites. Otra cuestión distinta es la intangibilidad de un contenido esencial de los derechos sociales de manera desproporcionada o de la preservación de un mínimo vital, o que, en ocasiones, pueda solventarse el conflicto con arreglo al principio de no discriminación. Se configura así un límite a los límites por impreciso que resulte. No falta quien cree que la teoría del contenido esencial de los derechos sociales es incompatible con el desarrollo pro-

gresivo, pues dependen de condiciones fácticas para su realización, pero esta conclusión dista de ser evidente, cuando la regresividad descompone la imagen del derecho o las facultades e intereses que lo componen hasta hacer el derecho irreconocible.

La ambigua jurisprudencia constitucional española. La jurisprudencia constitucional española no es muy esclarecedora ni siquiera muy coherente según la ha sintetizado Miguel Agudo. Hay sentencias tempranas en que se ha hablado de que “no se puede privar a un trabajador sin razón suficiente de las conquistas sociales ya conseguidas” (STC 81/1982, pero era un caso de una muy clara discriminación por razón de género). En el mismo sentido, se dijo que la no actualización de unas pensiones por la ley de presupuestos no vulneraba ningún derecho subjetivo (STC 134/1987), puesto que la previsión constitucional de la suficiencia de las pensiones no debe analizarse respecto de cada concreta pensión sino en relación con el conjunto del sistema de pensiones. La STC 37/1994 sostuvo que el artículo 41, CE obliga a mantener un sistema de pensiones de la seguridad social, “estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”, pero admitiendo que esto no altera las facultades del legislador para modular la acción protectora. No obstante, la jurisprudencia constitucional fue mucho más permisiva después con todas la larga saga de leyes que restringieron derechos sociales desde la crisis de 2007-2008 y que ya resulta imposible detallar por razones de espacio.

IV. Conclusiones

El artículo 1.3 de la propuesta del Consejo reproducía casi literalmente la *Base 5a. del Acuerdo por Chile* y pretendía constitucionalizar cuatro contenidos: a) el “Estado social y democrático de Derecho”; b) la progresividad de los derechos sociales; c) su prestación a través de instituciones privadas o públicas; y d) el principio de responsabilidad fiscal. Esta caracterización del Estado emana del artículo 1.1, de la Constitución española y tiene origen en previas elaboraciones alemanas. Entraña un contexto adecuado desde el que deben comprenderse e interpretarse el resto de las normas constitucionales.

El *Estado social y democrático de Derecho* es una síntesis de tres elementos en interacción recíproca: el objetivo social, la concepción ascendente o democrática del poder y la sumisión de ambos a la disciplina del Derecho. Hemos descompuesto estos tres momentos para su explicación de forma analítica, pero la verdadera validez de la fórmula deriva en que los tres ingredientes interactúan y se limitan recíprocamente, impidiendo excesos.

El *Estado de Derecho* es un ingrediente de la cultura global del constitucionalismo. Los hombres se gobiernan por leyes y no por otros hombres. Supone la sujeción a la Constitución, los principios de constitucionalidad y legalidad, así como un amplio conjunto de principios constitucionales y de derechos fundamentales que emanan de esta caja de herramienta que usa frecuentemente la jurisprudencia. Estos principios pueden ser expresos o implícitos e incluso inmanentes y deducidos por el intérprete supremo de la Constitución o de las convenciones sobre derechos. Entre ellos, los principios de razonabilidad y proporcionalidad que se usan para revisar las restricciones de derechos y el control de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes y podían encontrar anclaje en el artículo 23 de la propuesta. No hay Estado de Derecho sin democracia ni democracia sin Estado de Derecho y la división de poderes tiende un puente entre una y otra idea. Se desprende un principio de legalidad y una reserva de ley para ciertas materias, que aseguren la seguridad jurídica y la calidad de ley, entendida como previsibilidad y certeza, y una interdicción de leyes vagas o ambiguas. Hay una conexión en la idea de la ley en un Estado de Derecho entre racionalidad e imperio o *potestas*. La justicia ordinaria y el Tribunal Constitucional perfeccionan el Estado de Derecho con un sistema de controles. Es asimismo una exigencia el acceso a la justicia de los justiciables y el control judicial de las decisiones de las administraciones. Así como la garantía de la imparcialidad judicial y del ejercicio de los derechos. La amplitud del concepto de Estado de Derecho ha llevado a usar un concreto sistema de listas de verificación (*check list*) con unos ingredientes mínimos, así lo hace la Unión Europea y el Consejo de Europa, en particular, la Comisión de Venecia.

Estado democrático. La expresión pone en conexión la fórmula que analizamos con una serie de derechos políticos (sufragio y elecciones regulares, libertades de la comunicación, libertad de asociación, etcétera) y de principios que organizan la democracia como un conjunto de reglas de procedimiento y garantizan la creación de una opinión pública libre. Un Estado democrático es un Estado de partidos, un Estado de asociaciones y

un Estado de cultura. La propuesta de Constitución, pese a sus defectos, no se contentaba con una idea de democracia representativa, sino que recogía un interesante y vanguardista abanico de instrumentos de participación política en la línea de la Carta Democrática Interamericana.

Estado social. Es el concepto más difícil de definir y más controvertido. Supone un contexto desde el cual analizar los derechos sociales. Es un Estado de bienestar o de prestaciones o procura social, que debe ordenar asimismo la actividad económica en el seno de una economía social de mercado. Es también un Estado fiscal, un Estado regulador y un Estado empresario. Un Estado social interviene en el mercado mediante regulaciones que preserven la libertad de competencia, los intereses generales y diversos bienes constitucionales. La función social, respetando el principio de legalidad y el contenido esencial, limita de manera proporcionada el derecho de propiedad y la libertad de empresa para salvaguardar las exigencias de la economía general. Son muchos los artículos del anteproyecto y de la propuesta con sensibilidad social que proclaman extremos como son: la igualdad real, el desarrollo equitativo y solidario de las regiones, la educación en sus distintos niveles, el derecho a la salud, el derecho al trabajo en unas condiciones dignas, el derecho a la seguridad social, la promoción del derecho a la vivienda, el derecho al agua, etcétera.

La síntesis Estado social y democrático de Derecho impide los excesos de los poderes públicos e interconecta los tres elementos. El concepto de Estado de Derecho es material: no cabe un Estado de Derecho formal, que no garantice los derechos sociales de manera efectiva, ni esté engastado en un Estado democrático; y deben respetarse las reglas de unos procedimientos democráticos y los derechos de las distintas minorías que hagan posible la oposición política y la alternancia democrática a diferencia de las *illdemocracies* y del populismo. La jurisdicción constitucional juega un papel garantista y potencialmente contramayoritario en defensa de la Constitución frente a las leyes. Existen obligaciones positivas de la eficacia de los derechos. Pero no todos los derechos son de prestación pública y muchos son de libertad. Entre las manifestaciones, no pueden excluirse los conflictos laborales pero deben someterse a negociación, solución judicial o extrajudicial o medidas de conflicto; y los derechos sociales rigen también en los contratos de trabajo y en la relaciones entre particulares.

Subsidiariedad. De forma controvertida, la propuesta de Constitución contemplaba salud y educación como derechos que, entre otros, se puede

prestar por la iniciativa privada y no sólo por la pública. La subsidiariedad tiene origen en el federalismo o la descentralización territorial, la protección supranacional de los derechos, y la integración en la Unión Europea, variantes del principio con una misma filosofía. Pero el escenario es aquí distinto y se refiere a que la iniciativa pública no impida el ejercicio de la actividad privada donde razonablemente puedan cubrir las actividades. El Estado tiene el deber de asumir las tareas que no puedan ser satisfechas por aquélla y garantizar la viabilidad del sistema y la garantía de los derechos. El artículo 16.32 de la propuesta garantizaba el derecho de los particulares a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria al orden público democrático, algo que no puede objetarse. Pero, por el contrario, las actividades empresariales públicas necesitaban de una autorización o de una ley de quórum cualificado y ésta es una previsión muy discutible. No obstante, podía entenderse que esta habilitación a la ley era general abstracta, una regulación por sectores, y no caso a caso en cada concreto ejercicio, de manera que se llegara a un resultado mucho menos restrictivo de la iniciativa pública. Se consagraba un principio de subsidiariedad en la actividad económica y de preferencia de iniciativa privada que debía entenderse de manera que no fuera una cuña de hierro que rompiera la buena madera del Estado social y democrático de Derecho como arquitectura constitucional.

Progresividad. La progresividad de los derechos sociales no debe entenderse como una congelación de las prestaciones o una petrificación del ordenamiento jurídico que impida su evolución. Será una nueva versión de la vieja tesis de los derechos adquiridos o una prohibición absoluta de retroceso o regresión que, razonando con realismo, sería imposible de garantizar en tiempos de crisis. Es, por el contrario, una llamada a la creación de planes de actuación y a una programación que lleve a la realización gradual y efectiva de estos derechos de prestación con fondos limitados. Pero estos derechos tienen el límite de la sostenibilidad financiera o “responsabilidad fiscal” —como le llama la propuesta— y poseen una intensa configuración legal que debe conciliar las necesidades con fondos escasos. La progresividad debe entenderse en el límite de la sostenibilidad financiera o estabilidad presupuestaria. Ahora bien, los límites deben respetar un contenido esencial, o un mínimo vital, y superar un juicio de proporcionalidad, y una justificación que muestre la escasez de los fondos y la inexistencia de otras medidas alternativas a las restricciones. Deben asimismo respetarse cautelas de transitoriedad frente a los recursos bruscos y desproporcionados.

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- AGUDO ZAMORA, Miguel, “El principio de no progresividad de los derechos sociales en el ordenamiento constitucional español”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 849-879.
- BINGHAM, Tom, *El Estado de Derecho*, México, Tirant lo Blanch, 2010.
- BARBERA, Augusto, *Regioni e interesse nazionale*, Giuffrè, Milano, 1972.
- BÖCKENFORDE, Ernest Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- BUCHANAN, James, *Constitutional Economics*, Oxford, Blackwell, 1990.
- CARBONELL, Miguel y FERRER MAC-GREGOR, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, Flores, 2014.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Estado sociales y derechos de prestación*, Madrid, CEC, 1989.
- CRAIG, Paul, “Definición y conceptualización del Estado de Derecho. La importancia de la independencia judicial” en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 50, 2022.
- DICEY, Albert V., *El Derecho de la Constitución*, España, Tirant lo Blanch, 2019.
- DUARTE MARTÍNEZ, Carlos, “El Estado social de derecho expósito: la sostenibilidad fiscal y la regresión judicial de derechos sociales en Colombia” en *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, núm. 48, 2023.
- ESSER, Joseph, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Santiago de Chile, Ediciones jurídicas Olejnik, 2019.
- FERRARI, Giuseppe, “Los derechos sociales en el constitucionalismo de la crisis: una perspectiva comparada” en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “El Estado social y democrático de Derecho en la Constitución española” en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial.
- GARCÍA ROCA, Javier, “Del principio de división de poderes” en *Revista de Estudios Políticos, Revista de Estudios Políticos*, núm. 108, 2000.

- GARCÍA ROCA, Javier, “Taking social rights seriously: principle of financial sustainability. A budgetary impact statement» en *Annuaire International des Droit de l’Homme*, vol. VII, 2012-2013.
- GARCÍA ROCA, Javier, “Principio democrático, elecciones y Estado de Derecho: la cultura del constitucionalismo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Unión Europea” en EFRÉN RÍOS, Luis y SPIGNO, Irene (dirs.), *Los derechos fundamentales en el siglo XXI. Los derechos civiles y políticos*, t. IV, vol. XXIII, Academia Internacional de Derechos Humanos, México, Tirant lo Blanch, 2021.
- GARCÍA ROCA, Javier, “La subsidiariedad y el margen de apreciación nacional como responsabilidades de los Estados y contrapesos a la armonización de los derechos por el TEDH” en GARCÍA ROCA, Javier y BUSTOS GISBERT, Rafael (coords.), *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.
- GARCÍA VITORIA, Ignacio, *La libertad de empresa ¿Un terrible derecho*”, CEC, Madrid, 2008.
- GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1995.
- GIANNINI, Massimo Severo, “Stato sociale: una nozione inutile” en *Il Politico*, vol. 42, núm. 2, 1977.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- JIMENA QUESADA, Luis, *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- KELSEN, Hans, “Le giurisdizione costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato federale secondo la nuova Costituzione austriaca del 1 octubre 1920” en *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, “Las dimensiones del Estado social de Derecho” en *Sistema*, núm. 38.
- PASTORI, Giorgio, “Principio di sussidiarietà e riparto delle funzioni amministrativi” en ISSIRFA, disponible en: <http://www.issirfa.cnr.it/2901,98.html>.
- PÉREZ ROYO, Javier, “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1984, núm. 10, pp. 157-181.

- ROLLA, Giancarlo: “La Administración en el Estado democrático de Derecho” en *Cuadernos de Derecho Público*, 2002, núm. 17.
- SERVICE DE RECHERCHE DU PARLEMENT EUROPÉEN, *L’Etat de Droit, une perspective de droit comparé*, Conseil de l’Europe, Marzo 2023.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2011.
- SUNSTEIN, Cass, “The Rule of Law”, 30 de marzo de 2023, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=4405238> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4405238>.
- VIGUERA FIGUEROA, Hernán: *La sostenibilidad como parte de la noción de progresividad de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, Madrid, Alianza, 2017.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Editoriale Scientifica, 2007.